

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Le régime général de l'obligation

Thunis, Xavier

Published in:

Les grandes évolutions du droit des obligations

Publication date:

2019

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Thunis, X 2019, Le régime général de l'obligation: de la tutelle à l'émancipation. Dans *Les grandes évolutions du droit des obligations*. Anthemis, Limal, p. 375-399.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Le régime général de l'obligation : de la tutelle à l'émancipation

Xavier THUNIS

Professeur à l'UNamur

À la mémoire de Suzanne Carval

1. Le régime général de l'obligation regroupe une série de questions communes à toutes les obligations, quelle qu'en soit la source, contractuelle ou extracontractuelle. Ayant l'ambition de s'appliquer aux obligations comme telles, la matière du régime général de l'obligation est vouée à l'abstraction. Si les concepts, principes et mécanismes relevant du régime général ont résisté au cours du temps, c'est précisément à cause de leur abstraction : celle-ci leur permet de contribuer, encore aujourd'hui, aux constructions juridiques les plus sophistiquées. Songeons au paiement subrogatoire en droit des assurances et en droit bancaire¹ ou à la vitalité de la condition en matière immobilière².

Le régime général de l'obligation est d'une complexité redoutable. Son apport à la formation juridique est significatif. Il contraint le juriste, débutant ou confirmé, à une compréhension en profondeur des concepts, principes et mécanismes fondamentaux ainsi qu'à la maîtrise correcte de leur enchaînement logique. Le Code civil de 1804 n'en a toutefois pas consacré l'autonomie et l'a maintenu sous la tutelle du contrat.

C'est sous le titre III, *Des contrats*, que le Code civil envisage le régime général de l'obligation. À l'appui de ce choix, on peut faire valoir que la plupart des questions et institutions étudiées dans le régime général ont des applications plus fréquentes en matière contractuelle qu'en matière extracontractuelle. Ce point de vue, qui comporte une part de vérité, ne suffit pas pour autant à refuser toute autonomie au régime général.

¹ F. GEORGE et X. THUNIS (dir.), *Métamorphoses de la subrogation*, CUP, vol. 181, Limal, Anthémis, 2018.

² B. KOHL et F. ONCLIN, « Exigences administratives et condition suspensive dans la vente immobilière », *R.C.J.B.*, 2014, p. 13; « La condition en matière immobilière », *Jurim pratique. Revue pratique de l'immobilier*, 2016/2.

Cette contribution se propose de cerner la signification et le contenu du régime général par une réflexion théorique (section 1) qui se prolonge par un commentaire de l'avant-projet de loi insérant en droit belge un livre 5 « Obligations » dans le Code civil³ (section 2).

Section 1

Autonomie du régime général de l'obligation : contexte et portée

2. En France et en Belgique, c'est la doctrine qui, dans un premier temps, a fixé le « cahier des charges » de la matière, concordant pour l'essentiel mais présentant aussi, selon les auteurs, des différences significatives sur le poids ou la place de telle ou telle question selon qu'elle est rattachée au droit des contrats ou envisagée de façon autonome. Le principe de l'exécution forcée ou les résolutions ont leur place à la fois dans une théorie générale du contrat et dans le régime général de l'obligation. La preuve et la prescription ont leur place dans le régime général mais aussi dans une introduction générale au droit. Dans la réforme du droit belge, preuve et prescription constituent deux livres distincts du projet de livre 5 consacré aux obligations.

Sauf exception, la doctrine belge consacre, sans beaucoup se justifier, un exposé spécifique au régime général de l'obligation dont le contenu est bien balisé. Les plans des manuels ou traités se ressemblent et les variations sont minimales⁴. La nécessité d'un régime général autonome semble aller de soi, la doctrine se contentant de signaler que la plupart des questions traitées dans le régime général concernent le contrat⁵ ou qu'il y aura inévitablement certaines

³ Avant-projet de loi approuvé, le 30 mars 2018, par le Conseil des ministres, tel que préparé par la Commission de réforme du droit des obligations instituée par l'arrêté ministériel du 30 septembre 2017 et adapté, eu égard aux observations reçues depuis le début de la consultation publique lancée le 7 décembre 2017. Nous nous référons à ce texte que nous désignons pour la facilité par « projet de livre 5 » ou, plus simplement, « projet ». On notera le dépôt le 3 avril 2019 sous la forme d'une proposition de loi du projet de réforme du droit des obligations (Proposition de loi portant insertion du livre 5 « Les obligations » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2018-2019, n° 3709).

⁴ Les divergences portent sur l'intégration de la preuve et de la prescription au régime général de l'obligation. Comp. P. VAN OMMELAGHE, *Droit des obligations*, t. III, Bruxelles, Bruylant, 2010; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, boek 2, *Algemene leer van de verbintenissen*, Bruges, die Keure, 2009; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 2, *Les sources des obligations extracontractuelles Le régime général de l'obligation*, Bruxelles, Larcier, 2016.

⁵ Plus explicite et éclairant, J. CARBONNIER, *Obligations*, 22^e éd., Paris, PUF, 2000, pp. 553 et s. Cet auteur signale un certain malaise et une difficulté due au fait que les techniques de cession et d'extinction ne conviennent bien qu'aux obligations contractuelles. On pourrait en dire autant des modalités temporelles, conditions suspensive et résolutoire. Peu d'auteurs, toutefois, intègrent le régime général dans une théorie du contrat. Voy. cependant en ce sens, M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, 4^e éd., t. 1, *Contrat et engagement unilatéral*, Paris, PUF, 2016.

répétitions de l'exposé, étant donné la proximité des questions posées par le contrat et l'obligation.

La notion d'obligation comme telle est assez peu examinée. Elle prend place, en introduction, au seuil du droit des obligations, avant la présentation des sources. L'exposé du régime général est relégué dans une partie finale ou dans un dernier volume et se centre sur les modalités, les techniques de circulation et d'extinction de l'obligation. Il y a toutefois des exceptions. Un auteur belge bâtit son ouvrage, intitulé *Algemene theorie van de verbintenissen*, autour de la notion d'obligation, de sorte que tout le droit des obligations devient une sorte de régime général amplifié⁶. Parmi les auteurs français, certains considèrent que le régime général a pour cœur la technique obligataire qui ne peut qu'être revivifiée par sa proximité avec les sûretés⁷. La théorie de l'obligation en ressortirait enrichie par la mise en évidence de l'obligation de garantie dont la solidarité passive, l'indivisibilité, la compensation ou la délégation sont des illustrations⁸.

D'autres auteurs bâtissent un régime non pas de l'obligation mais des créances et des dettes⁹. La différence de titre n'est pas anodine et annonce une présentation singulière des sujets sélectionnés et traités, intéressante sur le plan scientifique mais peu assimilable par un législateur.

En droit belge et français, le législateur n'a pas reconnu d'emblée une véritable autonomie au régime général de l'obligation contrairement au droit hollandais ou au droit allemand qui lui réservent une place centrale. La structure du *Bürgerliches Gesetzbuch* est à cet égard révélatrice. Divisé en cinq livres (*Bücher*), il commence par une partie générale (Livre I *Allgemeiner Teil*, §§ 1-240) comprenant notamment une théorie de la déclaration de volonté (*Willenserklärung*, §§ 116-144). C'est dans cette partie générale notamment qu'est inséré le célèbre § 138 (*Sittenwidrigkeit* – Contrariété aux bonnes mœurs) selon lequel « est nul tout acte juridique contraire aux bonnes mœurs ». Le Livre II intitulé significativement « Droit des rapports d'obligation » (*Recht des Schuldverhältnisse*, Livre II) doit donc être lu dans la perspective englobante ouverte par le Livre I.

Fruit d'une conception très scientifique, le Code civil allemand présente une structure rationnelle et déductive centrée d'abord sur le rapport obliga-

⁶ L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen*, Anvers, Groningen, Intersentia, Rechtswetenschappen, 2000.

⁷ F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Obligations Régime*, Paris, PUF, 2013. Ces auteurs (p. 14) regrettent le titre « insipide » affublé à la matière.

⁸ Pour une systématisation de la notion d'obligation comme engagement, comme garantie et comme devoir, F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Obligations Régime*, Paris, PUF, 2013, p. 19. Sur la mise en évidence des liens entre les obligations et les sûretés, F. T'KINT, *Sûretés*, Bruxelles, Larcier, 2004, p. 9. La rétroactivité des conditions prévue par le Code civil est aussi une forme de garantie pour celui dont les droits sont finalement consacrés.

⁹ J. GHESTIN (dir.), M. BILLIAU et G. LOISEAU, *Le régime des créances et des dettes, Traité de droit civil*, Paris, L.G.D.J., 2005.

toire. Il s'adresse uniquement à des juristes en recourant à une terminologie technique et ardue; les textes reposent sur des définitions parfois précises à l'excès se référant les uns aux autres par la technique du renvoi, du général au particulier et inversement. Considéré comme la machine à calculer des juristes, le style du Code civil allemand est dogmatique dans sa conception et son exposition¹⁰. Même si l'exposé des motifs du projet de livre 5 s'y réfère à plusieurs reprises, il n'est pas possible de faire du Code civil allemand une source d'inspiration systématique ou structurelle pour une réforme législative en droit belge ou en droit français. La référence au droit allemand relève d'une démarche principalement contrastive. Elle permet de forcer le trait et, par un retour du balancier, d'apprécier la structure et la portée des réformes française et belge.

Initialement marqué par le droit français, le Code civil néerlandais *Nieuw Burgerlijk Wetboek* (1992) se rapproche de la conception allemande par son caractère systématique et par la présence de parties générales qui précèdent les parties spéciales. Ainsi, un livre 3 intitulé *Vermogensrecht in het algemeen* contient-il un titre 2 *Rechtshandelingen* (art. 32-59) dont il doit être tenu compte pour la compréhension et l'interprétation du livre 6 *Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht* qui s'ouvre lui-même par un titre 1 *Verbintenissen in het algemeen* (art. 1-141). Relayé par les membres néerlandophones de la Commission, le droit néerlandais a fréquemment servi de source d'inspiration au projet belge, moins pour sa structure que pour appuyer des innovations spécifiques.

3. En France, le Livre III du Code civil a fait l'objet d'une réforme complète. Une ordonnance du 10 février 2016 a réformé le droit des obligations conventionnelles, le régime général des obligations et le droit de la preuve¹¹. Les raisons de la réforme sont multiples. Les autorités françaises ont estimé, à juste titre, que le Code civil avait vieilli. N'incorporant pas les évolutions jurisprudentielles, il ne reflétait plus le droit positif français et ne s'adressait plus qu'aux initiés. À ce manque d'accessibilité s'ajoutait un déficit de compétitivité du droit français. Malgré son prestige, le Code civil français n'était plus un modèle ni une source d'inspiration pour les droits étrangers et pour l'Union européenne à une époque où se multiplient les textes et les projets d'harmonisation internationaux et européens (Convention de Vienne, *Principles of European Contract Law* (PECL), *Draft Common Frame of Reference* (DFCR), etc.). Il est

¹⁰ À ce sujet, V. LASSERRE-KIESOW, *La technique législative. Étude sur les Codes civils français et allemand*, Paris, L.G.D.J., 2002.

¹¹ Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, J.O., 11 février 2016. Pour un commentaire, G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Paris, Dalloz, 2016; O. DES-HAYES, T. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, Paris, LexisNexis, 2016.

vraisemblable que l'initiative française a donné une impulsion supplémentaire aux travaux de réforme du Code civil belge qui, avec le temps, a présenté les mêmes faiblesses que son homologue français. La Commission de réforme a naturellement puisé dans le précédent français.

Pourquoi introduire un livre 5 « Obligations » dans le nouveau Code civil belge ? Les raisons sont avancées dans l'exposé des motifs et par une doctrine autorisée¹². Nous n'y reviendrons pas de façon générale. On les mettra en évidence dans la mesure où elles acquièrent une pertinence particulière pour le régime général de l'obligation qui nous occupe.

4. À l'instar de la doctrine belge qui définit l'obligation pour passer aux sources et examiner en fin d'exposé le régime général¹³, le projet de livre 5 définit dans un titre introductif des notions ou principes de base détachés du régime général concentré au titre 3, en fin de Livre. Le titre 1 contient ainsi, aux articles 5.1 et suivants, la définition de l'obligation, de l'obligation naturelle ou de la représentation. Il expose aussi, dans l'article 5.7, le principe de la prohibition de l'abus de droit. Il s'agit d'un principe devenu essentiel, que l'obligation soit contractuelle ou extracontractuelle¹⁴. De portée tout à fait générale, ce principe pourrait figurer dans une introduction au droit. Il en va de même de la fraude qui peut certes fournir un fondement à l'inopposabilité de l'action paulienne (art. 5.317 du projet) mais que le droit objectif tout entier sanctionne sous la forme d'un principe général du droit : *Fraus omnia corrumpit*¹⁵.

Au cœur du régime général, il y a l'obligation. L'article 5.1 la définit comme « un lien de droit en vertu duquel un créancier peut exiger en justice d'un débiteur l'exécution d'une prestation et recourir, si nécessaire aux voies d'exécution ». Il faudrait, à notre avis, ajouter que l'obligation civile a un caractère patrimonial ou est susceptible d'évaluation monétaire en cas de

¹² Outre l'exposé des motifs, S. STIJNS, « Faut-il réformer le Code civil ? Réponses et méthodologie pour le droit des obligations contractuelles et extracontractuelles : les obligations contractuelles », *J.T.*, 2016, pp. 305 et s.; B. DUBUISSON, « Faut-il réformer le Code civil (II) ? Interrogations et propositions concernant la responsabilité extracontractuelle », *J. T.*, 2016, pp. 673 et s. En général, E. DIRIX et P. WÉRY, « Tijd voor een hercodificatie van het Burgerlijk Wetboek », *R.W.*, 2015-2016, p. 2; E. DIRIX et P. WÉRY, « Pour une modernisation du Code civil », *J.T.*, 2015, pp. 625 et s.

¹³ P. VAN OMMESSLAGHE, *Droit des obligations*, t. I, Bruxelles, Bruylant, 2010, n° 7 et s.; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *Théorie générale du contrat*, Bruxelles, Larcier, 2010, n° 5.

¹⁴ Présentation identique chez P. VAN OMMESSLAGHE, *Droit des obligations*, t. I, *op. cit.*, n° 21 et s. Cet auteur place aussi en tête de son traité la distinction entre les obligations de moyens et les obligations de résultat, ce qui semble indiquer qu'il considère que la distinction est applicable à toutes les obligations, quelle qu'en soit la source, contractuelle ou extracontractuelle. Comp. art. 5.75 du projet qui limite la distinction aux obligations contractuelles.

¹⁵ Comp. J. GHESTIN et G. GOUBEAUX avec la collaboration de M. FABRE-MAGNAN, *Introduction générale. Traité de droit civil*, Paris, L.G.D.J., 1994, p. 796. La fraude côtoie l'abus de droit et l'apparence sous le titre « Respect des finalités du système juridique ».

violation¹⁶, ce qui permettrait de comprendre l'accent que le projet met sur les obligations pécuniaires et sur la classification des intérêts qu'il propose au titre de droit commun (art. 5.279 et 5.280).

Vue sous son aspect positif comme droit de créance, l'obligation est une valeur patrimoniale. Il a progressivement été admis qu'à l'instar d'une chose corporelle, le droit de créance puisse, moyennant certaines formalités de publicité, faire l'objet d'une cession. Le lien personnel reste présent mais il passe dans ce cas à l'arrière-plan. C'est comme valeur, qualifiable de bien, que la créance circule. La qualification de bien est d'autant plus « naturelle » que les créances portent, dans leur majorité, sur des sommes d'argent¹⁷. Une fois cette qualification adoptée, il est tentant de parler de la propriété d'une créance et, un pas plus loin, de remettre en cause la distinction traditionnelle entre droits réels et droits personnels¹⁸.

5. L'inclusion des conditions dans le régime général est vigoureusement contestée par certains auteurs français¹⁹. Il est vrai que les conditions trouvent à s'appliquer, principalement sinon exclusivement, dans le champ contractuel et qu'elles sont un moyen d'y intégrer les motifs des parties. Sur le plan théorique, on peut ajouter qu'il est paradoxal de considérer la condition comme une modalité de l'obligation, c'est-à-dire comme un élément adventice de celle-ci et de l'intégrer dans un régime général qui vise l'obligation comme telle. On peut rétorquer que le rapprochement de la condition et du terme dans une même subdivision du code a des effets heuristiques et pédagogiques. Quoi qu'il en soit, la matière des conditions permet d'affiner la notion d'obligation. Depuis un arrêt du 5 juin 1981²⁰, la Cour de cassation considère que la condition suspensive n'affecte pas l'existence même de l'obligation mais son exigibilité : « Lorsqu'une obligation est contractée en vertu d'une convention sous condition suspensive, la convention existe tant que la convention est pendante, bien que l'exécution de l'obligation soit suspendue ». Cette jurisprudence invite à distinguer soigneusement l'obligation du contrat qui lui donne naissance, régi par le devoir de bonne foi. D'autre part, elle invite à s'interroger

¹⁶ J. GHESTIN (dir.), M. BILLIAU et G. LOISEAU, *Le régime des créances et des dettes*, *Traité de droit civil*, Paris, L.G.D.J., 2005, part. p. 5 ; P. VAN OMMESELAGHE, *Droit des obligations*, t. I, op. cit., n° 58 et 61.

¹⁷ J. GHESTIN (dir.), M. BILLIAU et G. LOISEAU, *Le régime des créances et des dettes*, *Traité de droit civil*, op. cit., p. 5 et s. Ces auteurs, après une discussion approfondie, se prononcent, semble-t-il, contre la qualification de l'obligation civile comme bien au motif qu'un droit personnel ne peut être l'objet d'un droit réel.

¹⁸ Pour une discussion, V. SAGAERT, « Les interférences entre le droit des biens et le droit des obligations, une analyse de l'évolution depuis le Code civil », in *Le droit des obligations contractuelles et le bicentenaire du Code civil*, Bruxelles, la Charte, 2004, pp. 357 et s.

¹⁹ G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, op. cit., n° 760 et s.

²⁰ Cass., 5 juin 1981, *Pas.*, 1981, I, p. 1149 ; R.C.J.B., 1983, p. 199, note J. HERBOTS ; Cass., 15 mai 1986, *Pas.*, 1986, I, p. 1123 ; R.C.J.B., 1990, p. 106 note Ph. GÉRARD.

sur la différence, subtile, entre l'absence d'obligation, l'obligation elle-même et son exécution qui dépend d'un événement dont la survenance est incertaine²¹.

Dans le même ordre d'idées, la cession d'une créance future livre aussi des enseignements intéressants sur la notion de créance. Selon l'article 1130 du Code civil, la cession peut concerner une créance actuelle, mais aussi une créance future. La solution est reprise par l'article 5.249 du projet selon lequel « La cession peut porter sur une ou plusieurs créances futures, à condition qu'elles soient déterminées ou déterminables ». La notion de créance future mérite d'être clarifiée. Comme l'écrit J. Heenen, « La créance future est celle que les parties ont considérée comme susceptible d'entrer un jour dans le patrimoine du cédant, mais qui ne s'y trouve pas au moment de la cession, soit parce que la créance n'a pas encore d'existence juridique, soit parce qu'un tiers en est titulaire »²². Sont par exemple des créances futures des créances de loyers qui résulteront de la location d'un immeuble dont le cédant n'est pas encore propriétaire. Il ne s'agit donc pas de créances affectées d'un terme ou d'une condition suspensive : comme on l'a vu, ces créances existent mais elles ne sont pas encore exigibles. En toute hypothèse, la cession de la créance future ne pourra sortir ses effets qu'au jour où la créance cédée vient à existence dans le chef du cédant²³.

6. L'étude du contrat et de la responsabilité extracontractuelle, préalablement au régime général, a pour mérite de mettre concrètement en évidence qu'il est nécessaire de distinguer l'obligation, lien de droit entre créancier et débiteur, des devoirs plus généraux incombant à chacun de se conformer à la loi et, de façon générale, aux normes du droit objectif²⁴. Le devoir général de prudence induit de l'article 1382 du Code civil ou la bonne foi contractuelle consacrée par l'article 1134, alinéa 3, ne sont pas des obligations au sens technique du terme. Ce sont plutôt des principes généraux affirmant des devoirs sociaux et se concrétisant par des obligations spécifiques dont la violation peut

²¹ La notion d'obligation en germe n'a, en principe, plus cours en droit belge. En droit français, un certain embarras demeure comme le montre le titre « Obligations plus ou moins obligatoires » adopté par Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, 10^e éd., Paris, L.G.D.J., 2018, p. 721. Sur la différence de conception du droit belge et du droit français, R. JAFFERALI, « La condition en matière immobilière. Exposé introductif à la lumière du droit français », in « La condition en matière immobilière », *Jurim pratique. Revue pratique de l'immobilier*, 2016/2 pp. 5 et s.

²² J. HEENEN, « La cession des créances futures », *R.C.J.B.*, 1961, p. 40 ; J. GHESTIN (dir.), M. BILLIAU et G. LOISEAU, *Le régime des créances et des dettes*, *Traité de droit civil*, op. cit., n° 294.

²³ Ceci est précisé par l'article 1323 du Code civil français commenté par G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, op. cit., n° 862.

²⁴ J. CARBONNIER, *Obligations*, 22^e éd., Paris, PUF, 2000, p. 28. Dans le même sens, F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Obligations Régime*, Paris, PUF, 2013, p. 20.

être sanctionnée²⁵. Le régime général concerne en priorité les obligations et mais il ne peut ignorer les devoirs et les principes qui les régulent.

Les rédacteurs du projet ont été attentifs à la terminologie²⁶. La bonne foi est soit désignée comme telle, «bonne foi contractuelle» ou qualifiée de principe d'exécution de bonne foi²⁷. Le devoir de loyauté n'est pas loin. Le terme de devoir est utilisé à plusieurs reprises dans le projet et dans l'exposé des motifs, avec une dimension morale implicite (devoir de loyauté) ou explicite (devoirs moraux pouvant faire naître une obligation naturelle). Il est aussi utilisé notamment à propos des devoirs d'information que se doivent les parties pendant la période précontractuelle (art. 5.20), devoirs dotés d'une certaine généralité que l'exposé des motifs relatif à l'article 5.20 oppose aux obligations d'information particulières prévues par l'article XII.7 du Code de droit économique pour les contrats conclus par voie électronique.

Selon l'exposé des motifs relatif à l'article 5.76, «le principe d'exécution de bonne foi constitue par ailleurs la source du devoir pour la victime d'une inexécution contractuelle de prendre, avec loyauté, les mesures raisonnables qui permettent de modérer ou de limiter son dommage». La Cour de cassation, dans un arrêt à la formulation assez subtile, a décidé que si l'article 1134, alinéa 3, «n'impose pas au créancier de restreindre son dommage dans toute la mesure du possible, elle lui commande de prendre avec loyauté, les mesures raisonnables qui permettent de modérer ou de limiter son préjudice»²⁸. Le propos s'élargit dans l'exposé des motifs relatif à l'article 5.312, qui oppose explicitement le devoir à l'obligation : «Tant dans un contexte contractuel que dans un contexte extracontractuel, il est généralement admis qu'une personne lésée ne peut se résigner en toutes circonstances à voir le dommage s'aggraver. Bien que la personne lésée ne soit soumise à aucune obligation générale de limiter le plus possible le dommage (nous soulignons), il est toutefois considéré qu'il est attendu d'elle qu'elle prenne les mesures raisonnables en vue de limiter le dommage lorsque toute personne prudente et raisonnable placée dans les mêmes circonstances aurait agi ainsi». On notera que le devoir, dans ce cas, n'aurait plus une position de surplomb par rapport à l'obligation mais imposerait à celui qui en est tenu un comportement dont la violation ne serait pas

²⁵ Ph. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat. Essai d'une théorie*, Paris, L.G.D.J., 2000, spéc. n°s 153 et s. Selon l'auteur, le principe de bonne foi prévu à l'article 1134, alinéa 3, du Code civil présente davantage le caractère d'un devoir moral que celui d'une obligation contractuelle. Comp. Th. LÉONARD, «Réflexions sur la contractualisation des devoirs légaux et la notion d'obligation contractuelle», in *Le droit des obligations dans la vie de l'entreprise*, Bruges, la Charte, 2017, p. 189. Sur le devoir de prudence, X. THUNIS, «Théorie de la faute civile», *Responsabilités. Traité théorique et pratique*, Titre II, livre 20, vol. 1, Kluwer, 2017, n° 18.

²⁶ Voy. l'exposé des motifs relatif à l'article 5.1.

²⁷ P. VAN OMMELAGHE, *Droit des obligations*, t. I, op. cit., pp. 168 et s. parle de règle, de concept ou plus souvent de principe.

²⁸ Cass., 17 mai 2001, J.T., 2002, pp. 467 et s.

sanctionnée par les actions sanctionnant la violation d'une obligation civile classique²⁹.

Section 2

La consécration légale d'un régime général de l'obligation en droit belge

Sous-section 1

Conception et structure

7. Dans sa forme la plus achevée et la plus systématique, le code représente une sorte de perfection à laquelle aspire toute discipline juridique qui y affirme, de façon quasi politique, son existence, sa cohérence et sa légitimité³⁰. Sur le plan social, la codification, comme le souligne P. Bourdieu, «apporte des profits collectifs de clarification et d'homogénéisation»³¹. Même imparfait ou modeste, le code a une vertu cognitive : il facilite l'accès au droit et le fait connaître³². Le rapprochement des textes a une vertu heuristique. Leur mise en relation en change la perception et, dans une certaine mesure, le sens.

On a pu dire, dans un passé récent, que l'époque contemporaine n'était pas riche en «vrais» codes mais féconde en cas de figure intermédiaires³³. Comme le nouveau Code civil français, le projet de réforme belge relève de la «vraie» codification, celle dont Portalis disait qu'elle est «l'esprit de méthode appliqué à la législation». Il ne s'agit pas de compilation ni même de consolidation du droit. Les règles rassemblées dans le projet de livre 5 sont réordonnées, complétées et hiérarchisées dans un ensemble ayant une ambition systématique, une visée raisonnablement novatrice et des principes directeurs propres. Comme s'il fallait rassurer le lecteur et lui donner des gages de continuité, l'exposé des motifs est soigneux, chaque fois que possible, d'indiquer soigneusement que telle disposition consacre, précise ou codifie le droit en vigueur.

²⁹ Il y aurait là une charge distincte de l'obligation *stricto sensu*. M. FONTAINE, «*Obliegenheit*, incombalance», *Liber amicorum Hubert Claessens. Assurance : théorie et pratique*, Louvain-la-Neuve, Bruxelles, Academia-Bruylant, 1998, pp. 151 et s.; M. HOUBBEN, «Le devoir de modération du dommage, expression particulière de l'exigence de loyauté entre partenaires contractuels», *Ann. Droit (Louvain)*, 2015/1, p. 35.

³⁰ Pour plus de détails, F. OST, «La codification, une technique juridique pour aujourd'hui», in C.A. Morand (dir.), *L'État propulsif : contribution à l'étude des instruments d'action de l'État*, Paris, Publisud 1991, pp. 239 et s. qui synthétise les attributs concourant à réaliser cette perfection juridique : concentration de la matière juridique, publicité, maniabilité, structuration, clarté, complétude, etc.

³¹ P. BOURDIEU, *Choses dites*, Paris, Éditions de Minuit, 1987, pp. 98 et s.

³² B. OPPETIT, «De la codification», *D.*, 1996, chron. p. 35. L'objectif d'accessibilité du droit est particulièrement mis en évidence par la doctrine française. G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, op. cit., n°s 31 et s.

³³ Une classification fine est proposée par B. OPPETIT (op. cit., pp. 37 et s.) qui distingue codes-compilations, codes consolidation, codifications réformatrices et codifications menées à droit constant.

Droit constant, répète souvent l'exposé des motifs. À partir du moment où ce qui est codifié est une jurisprudence bien établie de la Cour de cassation, il nous paraît qu'il y a une mutation qualitative du droit objectif qui va au-delà de la codification à droit constant³⁴.

Comme cela ressort de l'exposé des motifs, il faut relever que la Commission a fait une utilisation pragmatique, constructive et continue du droit comparé. Les droits français et néerlandais, le droit allemand dans une moindre mesure, ont été intégrés dans les réflexions soit pour appuyer une solution analogue en droit belge, soit pour souligner la mesure dans laquelle le droit belge se démarque de ses voisins. Le temps où la confection d'un code nouveau était surtout la manifestation de la grandeur nationale est révolu. Il s'agit de moderniser le droit belge en tenant compte de sa spécificité propre mais aussi en l'insérant dans le mouvement d'internationalisation et d'eupéanisation du droit. Les projets européens d'harmonisation du droit privé (*Draft Common Frame of Reference* 2009, *Principles of European Contract Law* 1998), qui n'ont pas comme tels de force obligatoire, sont souvent invoqués à l'appui des choix effectués dès lors qu'ils représentent une sorte de condensé de l'évolution du droit privé.

8. Le projet de livre 5 « Obligations », dans lequel s'insère le titre 3 « Régime général de l'obligation », fait partie d'un ensemble plus large de 9 livres qui doit en principe garder une cohérence d'ensemble. La réalité des choses, en d'autres termes l'agenda politique, en a décidé autrement. Le projet de livre 5 est, à l'heure actuelle, incomplet : il ne comprend pas le chapitre 2 consacré à la responsabilité extracontractuelle puisque le projet de texte relatif au droit de la responsabilité civile a évolué plus lentement³⁵. On imagine la difficulté de la tâche assignée aux membres de la Commission appelés à rédiger des textes, notamment ceux du régime général, en l'absence d'un pan entier du droit des obligations. Cette absence se signale par une place vide réservée aux articles 5.141 et suivants du projet consacrés à la responsabilité extracontractuelle. Finalement, c'est le livre 8 « La preuve » qui inaugure le nouveau Code civil alors qu'on s'attendait à une adoption en bloc des livres 3 (biens), 5 (obligations) et 8 (preuve) du Code civil, ce qui aurait permis de garantir la cohérence de l'ensemble³⁶.

Quoi qu'il en soit, le projet de livre 5 a été soumis à l'avis du Conseil d'État qui n'a pas remis fondamentalement en cause sa structure et ses dispo-

³⁴ À ce sujet, G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, op. cit., n° 42, pour qui l'idée de codification à droit constant de la jurisprudence n'est pas convaincante.

³⁵ Le problème se pose aussi en droit français. Ce manque de synchronisation suscite les critiques de la doctrine.

³⁶ Pour plus de détails, voy. la contribution de F. GEORGE et de J.-B. HUBIN dans ce volume.

sitions³⁷. Voici, pour fixer les idées, la structure du titre 3 et la distribution des matières telle qu'elle est présentée par l'exposé des motifs.

« Le régime général de l'obligation, au troisième titre du projet, comporte pas moins de huit sous-titres. Après un premier sous-titre introductif, le deuxième sous-titre est consacré aux modalités de l'obligation que sont la condition et le terme. Leurs régimes ont été modernisés, spécialement quant aux effets s'attachant à la survenance ou à la défaillance de la condition. Le troisième sous-titre traite, en son deuxième chapitre, des obligations à pluralité de débiteurs ou de créanciers. Une simplification du régime actuel, qui oppose les obligations divisibles aux obligations solidaires, indivisibles et *in solidum*, est retenue. Le sous-titre suivant comble une lacune du Code civil en présentant un régime d'ensemble de la transmission de l'obligation (cession de créance ; cession de dette ; cession de contrat). Le cinquième sous-titre traite de l'exécution de l'obligation, en distinguant le paiement pur et simple et le paiement subrogatoire. Suivant l'exemple de plusieurs législateurs étrangers, le projet consacre, à cette occasion, des dispositions à la demeure du créancier. Vient ensuite un sous-titre réservé à l'inexécution de l'obligation. Contrairement à ce que le plan du Code civil pourrait laisser croire, l'exécution en nature, la réparation du dommage, la force majeure, la mise en demeure du débiteur ou encore l'exception d'inexécution ne sont pas propres à l'inexécution des obligations contractuelles, mais peuvent trouver à s'appliquer à toute obligation. Le septième sous-titre traite de l'action oblique et de l'action paulienne, qui sont des mesures de sauvegarde du droit de gage général du créancier. Le livre 5 du futur Code civil se termine par des dispositions relatives aux causes d'extinction des obligations autres que le paiement. On relèvera notamment les dispositions relatives à la compensation, qui consacrent, à côté de la compensation légale, les compensations conventionnelle et judiciaire ; la caducité de l'obligation par disparition de son objet, qui est admise depuis plusieurs décennies par la Cour de cassation, fait son entrée dans le Code ».

9. Ce texte, outre qu'il pointe de façon concise les innovations apportées par le titre 3, accorde une grande importance à la structure du régime général. Cette structure est d'autant plus visible que chaque disposition porte un titre et que le texte contient des dispositions introductives ou d'annonces destinées à en faciliter la lecture (ou l'étude)³⁸. Cette structure est familière au juriste belge, ce qui la rend facilement assimilable. Elle comporte toutefois des différences sensibles avec la structure des ouvrages connus de l'étudiant ou du praticien. Le régime général de l'obligation est extrait et abstrait de la matière du contrat. Le texte ci-dessous le souligne : « Contrairement à ce que le plan du Code civil pourrait laisser croire, l'exécution en nature, la réparation du

³⁷ Avis 63.268/2 du 23 mai 2018 sur un avant-projet de loi « portant création d'un Code civil et y insérant un livre 5 "Les obligations" ».

³⁸ Ces dispositions introductives sont peu nombreuses dans le Code français.

dommage, la force majeure, la mise en demeure du débiteur ou encore l'exception d'inexécution ne sont pas propres à l'inexécution des obligations contractuelles, mais peuvent trouver à s'appliquer à toute obligation.» Les rédacteurs ont entendu distinguer nettement le contrat et l'obligation, ce qui oblige, dans bon nombre de cas, à répéter *mutatis mutandis* dans le régime général une disposition relative au contrat et, dans la partie relative au contrat, à procéder par renvoi au régime général.

À l'exception d'inexécution en matière contractuelle (art. 5.101) répond le droit à la suspension (art. 5.313) applicable aux rapports synallagmatiques. En revanche, la mise en demeure, nécessaire en cas d'inexécution du contrat, est concentrée dans le régime général avec une nouveauté, la mise en demeure du créancier (art. 5.285 et s.). Le devoir de modérer le dommage est prévu en matière contractuelle mais plus largement dans le régime général, ce qui suppose naturellement qu'il soit consacré sur le plan extracontractuel; aux causes d'extinction du contrat (art. 5.115) répondent les causes d'extinction de l'obligation (art. 5.318) qui introduisent – nouveauté notable – la caducité de l'obligation par disparition de son objet (art. 5.339)³⁹, etc. Les questions soulevées sont la conséquence d'un choix qui se déroule de façon cohérente mais qui oblige le lecteur à avoir un œil sur les sources et un autre sur le régime général.

10. Tout plan, particulièrement celui d'une œuvre ayant une visée pratique, implique des compromis. Il ne s'agit pas de critiquer une structure pour le plaisir mais de souligner combien l'art du plan en droit des obligations est difficile, surtout quand il manque une partie essentielle qui est la responsabilité extracontractuelle. Il s'agit simplement de montrer, par une comparaison contrastive, voire subversive, que d'autres présentations sont envisageables. Acceptons que la force majeure gagne à être concentrée dans le régime général (art. 5. 300). Il est curieux que la matière des restitutions, innovation importante du projet (5.118 à 5.125), soit cantonnée à la matière contractuelle alors qu'elle peut concerner les rapports d'obligations ou résulter du jeu des conditions qui sont, quant à elles, classées dans le régime général. Les restitutions auraient pu, comme en droit français, figurer dans le régime général, ce qui a généralement été salué comme une innovation majeure⁴⁰. De même, l'action directe, en droit belge, est rattachée aux effets du contrat pour les tiers, ce qui se défend (art. 5.113). Elle pourrait tout aussi bien côtoyer l'action oblique et l'action

³⁹ À ce sujet, R. JAFFERLI, « Prendre la caducité par disparition de l'objet au sérieux », in *Le droit commun des contrats*, Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 129 et s.

⁴⁰ Art. 1352 et s. C. civ. fr. Pour un commentaire, G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, op. cit., n°s 1052 et s.; O. DESHAYES, T. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, Paris, LexisNexis, 2016, pp. 805 et s.

paulienne dans le régime général pour fournir une vision globale des actions ouvertes au créancier⁴¹. On peut voir dans ces divergences de plan l'influence de présentations doctrinales différentes du régime général et des relations complexes qu'il entretient avec les autres parties du droit des obligations.

Sous-section 2

L'ancien et le nouveau : nécessité d'une « certaine » modernisation

11. Le Code civil a vieilli et une « certaine » modernisation du droit des obligations est nécessaire. La modernisation est un objectif mais n'est pas un concept précis. La modernisation, sans s'y réduire, implique un nettoyage et un rajeunissement. Nettoyer, c'est rendre propre et en profiter pour se débarrasser de choses inutiles ou obsolètes. Certaines institutions sont archaïques. Ainsi le projet abroge-t-il les dispositions relatives à la procédure d'offres réelles suivies de consignation (art. 1258 à 1264 C. civ.) de même que les articles 1265 à 1270 qui ont trait à la cession de biens. Supprimer suscite aussi l'envie de remplacer. Le projet consacre la mise en demeure du créancier, qui est plus légère et s'applique à toute obligation, quel qu'en soit l'objet (art. 5.285 et s.).

Le droit ayant fort à faire avec la langue, le nettoyage ne passe pas souvent par la suppression d'institutions ou de mécanismes (on ne sait jamais, ça pourrait servir...) mais par un changement de terminologie, par une définition ou la redéfinition d'une notion déjà utilisée, par la reformulation d'une règle pour la clarifier, la simplifier, la préciser ou la généraliser (ce qui est normal quand on bâtit un régime général de l'obligation).

L'obligation conjointe, mal nommée, a disparu du dictionnaire du régime général mais survit comme réalité juridique : l'obligation divisible (art. 5.233). Même genre d'opération pour ce qui est (a été) appelé obligation facultative, expression au parfum libertaire qui donne l'impression que le débiteur ne doit pas exécuter l'obligation. Le projet la dénomme obligation à prestation subsidiaire en clarifiant sa définition (art. 5.232)⁴².

Clarifier, c'est, souvent mais pas toujours, simplifier, c'est-à-dire réduire pour faire apparaître l'essentiel d'une notion ou d'une règle. Tel est le cas, semble-t-il, pour l'imputation des paiements visée aux articles 5.282 et suivants

⁴¹ Art. 1341-1 et s. du Code français. On peut reconnaître au projet belge le mérite d'avoir précisé le régime d'opposabilité des exceptions dont le sous-débiteur peut se prévaloir alors que le législateur français, dans l'article 1341-3 du Code a « botté en touche ».

⁴² Le droit français, dans l'article 1308, garde l'appellation « obligation facultative » mais la redéfinit pour éviter la confusion avec l'obligation alternative. G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, op. cit., n° 822.

où le projet, selon ses propres dires, a modernisé la formulation des articles 1253 à 1256. De même, l'article 5.231 explique et simplifie les articles 1189 à 1196 du Code civil.

Clarifier, c'est aussi préciser sans nécessairement innover. Ainsi, l'exposé des motifs relatif à l'article 5.300 précise que la force majeure est exclue lorsque l'obligation a pour objet le paiement d'une dette d'argent, ce qui résulte de la jurisprudence de la Cour de cassation⁴³. Assez curieusement, cette précision ne figure pas dans la disposition elle-même comme on s'y attendrait. Il n'y a pas d'innovation au fond mais il y a transmutation par le biais de l'exposé des motifs qui dispose d'une autorité particulière pour orienter l'interprétation du texte.

12. Faire le ménage, c'est aussi, après avoir dépoussiéré, mettre un objet en valeur. Clarifier, c'est préciser en définissant ou en redéfinissant une règle ou une notion, ce qui va lui donner ou lui redonner sa place. C'est une tendance des codes modernes de comporter beaucoup plus de définitions que leurs prédécesseurs. Le Code de 1804 comportait peu de définitions. La faute, le dommage ou le lien causal étaient des notions évidentes, données à tous les hommes. Définir était considéré comme un travail de professeur et non de législateur. Les temps ont changé. Les législations et les codes fourmillent aujourd'hui de définitions. Le titre 3 du projet de livre 5 ne fait pas exception : reformulation par l'article 5.234, § 1, de l'article 1200 définissant la solidarité passive, définition nouvelle, par l'article 5.242, de l'obligation *in solidum* jusque-là de source jurisprudentielle. On pointera aussi les définitions de la novation (art. 5.319) inspirée par le droit français et de la délégation (art. 5.323) que le Code civil n'évoque qu'incidemment, dans ses articles 1275 et 1276. Cette nouvelle définition consacre l'autonomie de la délégation par rapport à la novation.

13. En cours de nettoyage, il arrive qu'on s'arrête et qu'on déplace un objet. Inutile d'insister sur le fait qu'une modernisation économique et technique implique des suppressions et des déplacements. Le transfert d'une institution des sources contractuelles au régime général peut avoir des conséquences sur son régime juridique et lui donner une portée générale. Quand la solidarité est contractuelle, on sait que le recours dont le *solvens* dispose contre ses obligés trouve son fondement dans l'article 1214 du Code civil : « Le codébiteur d'une dette solidaire, qui l'a payée en entier, ne peut répéter contre les autres que les part et portion de chacun d'eux ». En dehors du champ contractuel, le fondement du recours a été maintes fois discuté. La Cour de cassation considère en effet que, placé dans un titre consacré aux obligations contractuelles, l'ar-

⁴³ Cass., 13 mars 1947, *Pas.*, 1947, p. 108 ; Cass., 28 juin 2018, C.17.0701.N signalé dans le *Rapport annuel 2018*, p. 34.

ticle 1214 du Code civil ne s'applique qu'à la solidarité conventionnelle⁴⁴. La controverse doctrinale relative à la base légale du recours du *solvens* est tranchée par le projet. L'article 5.238, § 2, donne une base générale et légale au droit de recours du *solvens* dans les termes suivants : « § 2. Le débiteur solidaire qui a payé plus que sa part au créancier dispose d'un recours contre les codébiteurs proportionnellement à leur propre part ».

Dans le même ordre d'idées, l'article 5.275 reprenant les termes de l'article 1244 du Code civil, relatif au délai de grâce, figure dans le régime général des obligations et bénéficie donc aussi aux débiteurs d'obligations non contractuelles⁴⁵.

Il est rare toutefois que le simple transfert d'une partie à l'autre d'un code suffise à produire cette mutation. Il faut un travail sur le texte qui permette de le rendre applicable quelle que soit la source de l'obligation. Les articles 5.279 et suivants sont consacrés aux obligations pécuniaires. Ils généralisent le principe du nominalisme monétaire (art. 5.279) et introduisent une typologie des intérêts selon la fonction et selon la source (art. 5.280). La monnaie est un ressort essentiel des sociétés contemporaines : les obligations pécuniaires sont légion et leur exécution ponctuelle est vitale. De plus, le droit des obligations se cantonne aux engagements de nature patrimoniale, évalués en monnaie ou susceptibles de l'être, ce qui justifie que le régime général lui accorde une place spécifique.

Sous-section 3

Analyse de deux cas de figure

14. Le projet contient des nouveautés. Elles se combinent souvent à des adaptations qui paraissent plus légères mais portent à conséquences. L'introduction de la cession de dette est évidemment spectaculaire mais elle pourrait avoir moins d'impact que la simplification des obligations à pluralité de sujets. Les modifications sont nombreuses et nous ne pouvons évidemment les examiner toutes. On se limite à analyser la façon dont le projet traite la distinction entre les obligations à pluralité de débiteurs (§ 1) et les techniques de transmission de l'obligation (§ 2).

⁴⁴ Cass., 20 février 1922, *Pas.*, 1922, I, p. 169 ; Cass., 25 mars 1955, *Pas.*, I, p. 823. En jurisprudence du fond, Bruxelles, 13 février 1959, *Pas.*, 1959, II, p. 226.

⁴⁵ L'affaire était débattue sous le régime antérieur au motif que l'article 1244 du Code civil est placé dans un titre relatif aux obligations contractuelles (Cass., 13 septembre 1977, *Pas.*, 1978, I, p. 41, note F.D.).

§ 1. Distinction entre les obligations solidaires et *in solidum*

15. Le sous-titre 3 du projet traite des obligations à pluralité de débiteurs ou de créanciers dans le chapitre 2. Selon l'exposé des motifs (cité *supra*, n° 9), « Une simplification du régime actuel, qui oppose les obligations divisibles aux obligations solidaires, indivisibles et *in solidum*, est retenue ». Il y a plus qu'une simplification. Le projet comporte de nombreuses modifications dont l'audace reste contrôlée et qui clarifient la matière. Citons-en trois.

16. L'obligation *in solidum* fait l'objet d'une définition. Selon la première mouture de l'article 5.242, « Les débiteurs sont tenus *in solidum* lorsque, hors les cas de la solidarité et de l'indivisibilité passives et bien qu'ils soient liés envers le créancier par des obligations distinctes, ils sont chacun tenus à la totalité du paiement au créancier d'une partie commune de leurs obligations qui consistent dans le paiement d'une somme d'argent ». En réponse aux observations du Conseil d'État, la définition a été clarifiée et est reprise comme suit dans la proposition de loi, à l'article 5.242⁴⁶ :

« Les débiteurs sont tenus *in solidum* lorsque, hors les cas de la solidarité et de l'indivisibilité passives et bien qu'ils soient liés envers le créancier par des obligations distinctes, ils sont chacun tenus à la totalité du paiement. Lorsque les obligations portent sur des sommes d'argent et sont de montants différents, les débiteurs *in solidum* sont chacun tenus à la totalité du paiement à concurrence du montant le plus faible ».

La distinction traditionnelle entre l'obligation *in solidum* et l'obligation solidaire apparaît dans cette disposition. La première se caractérise par l'existence d'autant de dettes distinctes que de débiteurs obligés, alors que la seconde suppose une unité d'objet, malgré la pluralité de débiteurs. Comme l'indique l'article 1200 du Code civil, « [i]l y a solidarité de la part des débiteurs, lorsqu'ils sont obligés à une même chose, de manière que chacun puisse être contraint pour la totalité [...] »⁴⁷.

Cette définition légale de l'obligation *in solidum* n'est pas une simple ratification de la doctrine ou de la jurisprudence belges. Elle change les choses. L'obligation *in solidum* est une création jurisprudentielle qui n'a émergé que

progressivement et qui a été contestée par une partie de la doctrine⁴⁸. Le fondement de l'obligation *in solidum* est controversé. Certains considèrent qu'elle résulte de la nature, de la force des choses ou de la nécessité des situations⁴⁹, ce qui ne constitue pas, à notre avis, un fondement juridique satisfaisant. Particulièrement dans le régime général, le droit des obligations construit sa réalité avec les instruments – définitions, fictions et présomptions – qui lui sont propres. La nature des choses n'intervient que comme une sorte de pierre de touche, à laquelle une rationalité politico-juridique donne forme, en fonction de choix de valeurs. Désormais, si le projet est adopté, la source de l'obligation *in solidum* en droit commun sera la loi, ce qui la rapproche de la solidarité. Ainsi qu'on l'a écrit, l'obligation *in solidum* « tend à n'être qu'une variété de la solidarité »⁵⁰. Il faut, à notre avis, tirer les conséquences de cette affirmation pour la rapprocher de l'obligation solidaire.

17. Le projet aligne, dans la mesure du possible, les effets de l'obligation *in solidum* et de l'obligation solidaire. Selon l'article 5.243, « Les articles 5.235, 5.236, 5.238 et 5.239 sont d'application conforme, à moins que cela soit incompatible avec la nature ou la portée, ou avec le régime propre de l'obligation ».

Les effets secondaires de la solidarité passive ne sont pas d'application, sauf disposition légale ou contractuelle contraire.

L'alinéa 1^{er} applique en principe à l'obligation *in solidum* les effets principaux de la solidarité passive sur le plan de l'obligation à la dette et de la contribution à la dette. C'est effectivement une simplification qui entraîne d'autres modifications. Selon l'article 5.236, § 2, du projet, « Lorsqu'un débiteur dispose d'une exception personnelle qui éteint sa part dans l'obligation, la scinde ou en suspend l'exigibilité, les autres débiteurs peuvent s'en prévaloir pour la faire déduire du total de l'obligation. Il en va notamment ainsi de :

1° la remise de dette personnelle au profit d'un des débiteurs, lorsque le créancier a expressément réservé ses droits à l'égard des autres ; si ce n'est pas le cas ou si le créancier accorde une remise de dette générale, il libère tous les codébiteurs ».

⁴⁶ Proposition de loi portant insertion du livre 5 « Les obligations » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2018-2019, n° 3709.

⁴⁷ Pour plus de détails, P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 2, *Les sources des obligations extracontractuelles. Le régime général de l'obligation*, Bruxelles, Larcier, 2016, n° 423 et s.

⁴⁸ Voy. l'intéressante recherche historique de J. PÉRILLEUX, « L'obligation *in solidum* entre passé et avenir », in *Liber amicorum De Bandt*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 513 et s. Pour un exposé général, P. VAN OMMELAGHE, *Droit des obligations*, op. cit., t. III, pp. 1792 et s.

⁴⁹ Pour une discussion de ces explications, P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 2, *Les sources des obligations extracontractuelles. Le régime général de l'obligation*, op. cit., 2016, n° 477 et s.

⁵⁰ Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, 10^e éd., Paris, L.G.D.J., 2018, n° 1325.

Il s'agit d'une reformulation qui élargit l'article 1285 du Code civil. Dans sa version actuelle, celui-ci prévoit :

« La remise ou décharge conventionnelle au profit de l'un des codébiteurs solidaires, libère tous les autres, à moins que le créancier n'ait expressément réservé ses droits contre ces derniers ».

Dans ce dernier cas, il ne peut plus répéter la dette que déduction faite de la part de celui auquel il a fait la remise ».

Sur la base de ce texte, la Cour de cassation refuse d'étendre à l'obligation *in solidum* la présomption de remise de dette au profit de tous les codébiteurs lorsque le créancier accorde une remise de dette à l'un d'entre eux sans réserve contre les autres⁵¹. L'article 5.236, § 2, élargit la présomption à l'obligation *in solidum* et rend caduque la jurisprudence de la Cour de cassation. « Simplification » certes mais elle a tout de même un prix symbolique et une conséquence pratique certaine.

L'assimilation a toutefois des limites. La Commission, s'appuyant sur une doctrine et une jurisprudence impressionnantes⁵², reste attachée au critère traditionnel de la distinction entre l'obligation solidaire et l'obligation *in solidum*. La solidarité passive se caractérise, par l'unité d'objet et la pluralité de liens de droit, alors que l'obligation *in solidum* comporte une pluralité d'objets et de liens de droit. Les effets secondaires qui se justifient en cas de solidarité passive en raison de l'unité d'objet se heurtent à la pluralité d'objets. Pour cette raison, l'alinéa 2 de l'article 5.243 dispose que « Les effets secondaires de la solidarité passive ne sont pas d'application, sauf disposition légale ou contractuelle contraire ».

Au risque de paraître hérétique, nous pensons que les différences entre les notions d'obligation solidaire et *in solidum* sont plutôt dogmatiques et qu'une fusion plus poussée est possible et souhaitable. La structure des deux types d'obligations est la même. Du côté du créancier, il n'y a qu'une seule créance. Les coauteurs d'un même dommage tenus *in solidum* sont tenus de la même manière que les codébiteurs contractuels tenus solidairement. On peut s'interroger sur la pertinence réelle de la distinction entre les obligations solidaires et les obligations *in solidum* alors que leurs effets principaux sont identiques⁵³.

⁵¹ Cass., 17 octobre 2014, R.G.D.C., 2015, p. 517, note A. DE BOECK ; R. MARCHETTI, « La notion de remise de dette et le régime instauré par l'article 1285 du Code civil », J.T., 2014, p. 226 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 2, *Les sources des obligations extracontractuelles. Le régime général de l'obligation*, op. cit., n° 832.

⁵² P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 2, *Les sources des obligations extracontractuelles. Le régime général de l'obligation*, op. cit., n° 479 et les références citées.

⁵³ Pour une critique approfondie de la distinction, inspirée par une conception dualiste de la solidarité, A. CATALDO et M. NOUNCKELE, « Approche critique de la pluralité de contractants », in A. CATALDO et A. PÜTZ (dir.), *De quoi le contrat est-il le nom ?*, Limal, Anthemis, 2017, pp. 206-209. Sur la conception dualiste prônée par l'avant-projet Terré, G. CHANTEPIE et M. LATINA, op. cit., p. 704, n° 824. Pour une critique : A. HONTEBEYRIE, « Quelle solidarité passive dans le code civil de demain ? », *Dalloz*, 2014, pp. 89-90.

Le législateur lui-même, dans des législations particulières, confond parfois les deux.

18. Selon l'article 1219 du Code civil, « La solidarité stipulée ne donne point à l'obligation le caractère d'indivisibilité ». Les règles contenues aux articles 1217 à 1225 du Code civil qui régissent l'indivisibilité active et passive ont bien besoin d'une réécriture. Le projet accorde des développements remarquables et systématiques à la matière de l'indivisibilité qui a, « depuis toujours, la réputation d'être particulièrement absconse »⁵⁴.

La solidarité et l'indivisibilité entre créanciers, qui sont un peu négligées en doctrine, trouvent leur place dans les articles 5.244 et suivants. Il en est de même pour l'indivisibilité entre débiteurs qui est clairement définie et dont les effets sont précisés (art. 5.240 et 5.241). L'article 5.240 confirme que « La solidarité stipulée ne donne pas à l'obligation le caractère d'indivisibilité ». En ce qui concerne les effets, l'article 5.241 précise le lien avec la solidarité : « Les articles 5.235 à 5.238 sont d'application conforme, à moins que cela soit incompatible avec la nature ou la portée de l'obligation indivisible ». L'exposé des motifs comporte des développements particulièrement pertinents sur la transposition des règles de la solidarité passive à l'indivisibilité entre débiteurs.

§ 2. Transmission de l'obligation

19. Le sous-titre 4 du projet traite de la transmission des obligations. Selon l'exposé des motifs (cité *supra* n° 9), ce sous-titre « comble une lacune du Code civil en présentant un régime d'ensemble de la transmission de l'obligation (cession de créance ; cession de dette ; cession de contrat) ». Selon l'exposé, ce sous-titre modernise le Code civil et innove.

Le Code civil actuel a une approche assez dispersée de la transmission des obligations. La cession de créance est explicitement réglée aux articles 1689 et suivants du Code. La cession de dette et de contrat ne fait l'objet d'aucune réglementation d'ensemble.

Le droit commun a vu sa portée se rétrécir. Il faut jongler avec bon nombre de textes, en droit commercial et en droit social notamment, qui soit simplifient les modes de transmission des obligations soit en précisent les effets.

Le projet s'attache à compléter le Code civil belge à l'instar du Code civil français, qui, depuis l'ordonnance de février 2016, dote les opérations sur obligations et la cession de contrat d'un régime juridique propre (art. 1216 nouveau du Code civil français). Il n'est pas certain que cela empêchera le bour-

⁵⁴ P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 2, *Les sources des obligations extracontractuelles. Le régime général de l'obligation*, op. cit., p. 438, n° 466.

geonnement des législations particulières auquel un code, quelles que soient sa qualité et sa « modernité », est de plus en plus confronté.

20. Le projet belge regroupe dans un sous-titre 4 la cession de créance (art. 5.248 et s.), la cession de dette (art. 5.261 et s.) et la cession de contrat (art. 5.267 et s.). Il s'agit d'une triade centrée sur l'opération relative à l'obligation.

Le projet n'a pas fondamentalement modifié la réglementation de la cession de créance. Il a extrait la cession de créance de la vente et la libère d'une qualification liée aux contrats spéciaux. La cession de créance reste une opération consensuelle dont l'opposabilité au débiteur cédé est soumise à des formalités d'opposabilité (art. 5.253). Le projet précise ou formule explicitement certaines règles comme celles relative aux créances futures (art. 5.249), à la cession partielle (art. 5.250) et à l'opposabilité des exceptions, qui repose sur le principe fondamental de la neutralité de la cession pour le débiteur cédé (art. 5.255). La compensation trouve sa place parmi les dispositions de la cession de créance (art. 5.256 reformulant l'art. 1295 du Code civil). Signalons une nouveauté inspirée par le droit allemand et néerlandais : l'article 5.248, alinéa 2, prévoit que « La cession d'une créance contraire à une interdiction de cession contractuelle n'est pas opposable au débiteur cédé lorsque le cessionnaire s'est rendu coupable de tierce complicité à la violation de cette interdiction »⁵⁵.

On notera que l'article 1322 du Code civil français fait de la cession de créance un contrat solennel. Il soumet la cession de créance à l'exigence d'un écrit à peine nullité, ce qui peut surprendre⁵⁶. Il en résulte que le concours entre cessionnaires successifs d'une créance se résout en faveur du premier cessionnaire en date (C. civ. fr., art. 1325) alors que le droit belge donne dans ce cas la préférence au cessionnaire qui, en premier, a satisfait aux formalités d'opposabilité (art. 5.253, al. 3).

21. On peut s'interroger sur les rapports que vont entretenir la cession de créance et le paiement subrogatoire à la suite des réformes respectives du droit belge et du droit français. Tant le droit belge que le droit français distinguent nettement la cession de créance du paiement subrogatoire. Tout en soulignant l'importance croissante de l'aspect translatif du paiement subrogatoire, nombre d'auteurs belges et français continuent à l'étudier à la suite du paiement volon-

⁵⁵ Sur l'opposabilité, par le cédé au cessionnaire, de l'incessibilité conventionnelle de la créance, C. BIQUET-MATHIEU avec la collab. de F. RENSON, « La cession de créance », in M. DUPONT (dir.), *Les obligations contractuelles*, Bruxelles, Larcier, 2016, n° 7.

⁵⁶ Pour une explication de ce système, G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, op. cit., n° 822.

taire⁵⁷. La même conception s'exprime dans le Code civil français, dans les dispositions consacrées au paiement subrogatoire qui figure dans le régime général des obligations. Le paiement subrogatoire est réglé à la sous-section 4, dans les articles 1346 et suivants. Voici ce que dit le rapport au Président de la République :

Rapport, J.O., 11 février 2016. « La subrogation, souvent considérée aujourd'hui comme une opération purement translatrice de créance, est délibérément maintenue dans le chapitre consacré à l'extinction de l'obligation, dans la section relative au paiement, ce qui permet de rappeler qu'elle est indissociablement liée à un paiement fait par un tiers, qui libère un débiteur – totalement ou partiellement – envers son créancier, et qu'elle ne constitue pas une opération translatrice autonome, mais une modalité du paiement ».

La Cour de cassation belge a, très tôt, insisté sur la différence fondamentale qui existe entre le paiement subrogatoire et la cession de créance. Dans un arrêt du 12 janvier 1872⁵⁸, elle l'énonce en des termes qui méritent d'être cités :

« Considérant que le paiement avec subrogation consentie par le créancier est une convention qui diffère du transport de créance ;
Que le Code civil traite du premier de ces contrats au chapitre de l'extinction des obligations et, du second, au titre de la vente ;
Que, par cette classification séparée, il assigne à chacun d'eux un objet ou un but spécial ;
Qu'il leur trace, en outre, des conditions distinctes de validité et leur attribue des effets juridiques qui ne sont pas les mêmes ;
Que, notamment, il exige pour la subrogation une simultanéité de paiement qui n'est point requise pour le transport de créance et qu'il impose au vendeur une garantie qu'il ne met pas à la charge du créancier dans la subrogation ; [...] ».

Dans le projet belge, le paiement avec subrogation (art. 5.291 et s.) figure à la suite du paiement et non comme la cession de créance, dans la transmission des obligations. Si la philosophie des deux institutions est différente, leur régime est toutefois aligné. De même que la cession de créance ne peut aggraver la situation du débiteur cédé vis-à-vis du cessionnaire, la subrogation ne

⁵⁷ Il y a des exceptions. Certains auteurs français traitent du paiement subrogatoire dans le titre relatif à la transmission de créance, à la suite de la cession de créance.

⁵⁸ Cass., 12 janvier 1872, *Pas.*, 1872, I, p. 34, concl. conf. Proc. gén. FAIDER.

peut aggraver la situation du débiteur vis-à-vis du subrogé⁵⁹. Si les deux mécanismes sont trop proches, ils risquent de se dupliquer. S'ils sont différents, ils risquent de se faire concurrence. Dans le projet belge, le paiement subrogatoire se voit, à juste titre, doté d'un nouveau formalisme d'opposabilité calqué sur celui déjà applicable à la cession de créance. Pour être opposable au débiteur, la subrogation doit avoir été notifiée ou reconnue par celui-ci (art. 5.295). Le paiement subrogatoire perd donc l'avantage « concurrentiel » qu'il a sur la cession de créance en droit belge actuel qui n'impose aucune formalité pour l'opposabilité du paiement subrogatoire au débiteur. En droit français, ce serait l'inverse : le caractère solennel du contrat de cession pourrait provoquer un regain d'intérêt pour la subrogation⁶⁰.

22. En droit belge, ainsi qu'on l'a indiqué, la transmission des obligations est une triade placée dans un même sous-titre. En droit français, la cession de créance comme la cession de dette sont regroupées dans un chapitre intitulé « Opérations sur obligations », aux côtés de la novation et de la délégation. La cession de contrat prend place aux articles 1216 à 1216-3 du Code civil français, entre la durée et l'inexécution du contrat. Cette place est significative. La cession de contrat est vue comme une opération unitaire et comme un moyen de préserver le lien contractuel⁶¹. Cette présentation est adoptée par une partie de la doctrine française⁶².

23. Signalons simplement la cession de dette qui dispose maintenant d'un cadre légal complet dans le projet (art. 261 et s.). Le succès de cette innovation n'est pas assuré, étant donné les procédés indirects (délégation notamment) qui permettent de réaliser certains effets de la cession de dette⁶³. On a un peu l'impression qu'elle est une sorte de marchepied pour faciliter une cession de contrat qui continuerait à être envisagée de façon dualiste⁶⁴. Or la cession de contrat ne se réduit pas à l'addition de la cession d'une créance et d'une dette,

⁵⁹ Pour une comparaison et une analyse du régime prévu par le projet belge, F. GEORGE et X. THUNIS, « Le futur de la subrogation », *Métamorphoses de la subrogation*, CUP, vol. 181, Limal, Anthemis, 2018, pp. 161 et s.

⁶⁰ G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, op. cit., n° 989. En droit français, la subrogation personnelle a fourni un support juridique de choix à l'affacturage. C. DESCHAMP-POPULIN, *La cause du paiement : une analyse innovante du paiement et des modes de paiement*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 341 et s.

⁶¹ En ce sens, G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, op. cit., n° 596.

⁶² Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, 10^e éd., op. cit., pp. 475 et s.; J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU *Les effets du contrat, Traité de droit civil* (dir. J. GHESTIN), Paris, L.G.D.J., 2005, p. 1113. En revanche, plan « à la belge » chez Carbonnier (op. cit., p. 573) qui classe la cession de contrat sous le rapport d'obligation.

⁶³ Sur l'intérêt de la cession de dette, malgré la consécration législative en droit français, voy. les réflexions dubitatives de Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, 10^e éd., op. cit., pp. 813 et s.; dans le même sens, G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, op. cit., n° 877.

⁶⁴ Ceci nous semble ressortir discrètement de l'article 5.267, § 1^{er}, al. 2 et 3, du projet.

il s'agit du transfert d'une *position* contractuelle, du remplacement d'une partie par une autre dans un rapport contractuel⁶⁵.

Le droit belge actuel est mal outillé. En l'absence de régime légal, le droit belge tel qu'il s'exprime dans la jurisprudence de notre Cour de cassation n'est pas satisfaisant. La Cour de cassation a consacré la théorie du dépeçage qui aboutit à décomposer l'opération au lieu de la considérer comme telle⁶⁶. La jurisprudence de la Cour de cassation a, en définitive, peu évolué. La transmission d'un contrat synallagmatique doit se décomposer en une cession de créance possible sans le consentement du débiteur cédé et une cession de dette qui ne peut avoir pour effet de libérer le débiteur initial que si le créancier cédé y donne son accord.

Un arrêt de la Cour de cassation du 26 septembre 2003 adopte une position très restrictive :

« Attendu que d'après les principes du droit civil, les créances sont cessibles, les dettes ne le sont point; que le débiteur doit exécuter son obligation et ne peut contraindre son créancier à accepter un nouveau débiteur, en ses lieu et place; que lorsque le créancier consent à cette substitution de débiteurs, il y a novation;

Qu'aux termes de l'article 1273 du Code civil, la novation ne se présume point; qu'il faut que la volonté de l'opérer résulte clairement de l'acte [...] »⁶⁷.

Cet arrêt est curieux. Il semble considérer dans un premier temps qu'une cession de dette est impossible, dans un second temps qu'elle implique toujours une novation. Il peut y avoir une cession de dette sans novation par application de l'article 1134 du Code civil.

24. Un autre arrêt de la Cour de cassation du 26 juin 2017 semble admettre la cession imparfaite de contrat qui, à défaut d'accord du cocontractant cédé, ne libère pas le cédant de ses obligations⁶⁸. La Cour n'utilise toutefois pas

⁶⁵ Sur la cession de contrat : V. WITHOFS, « La transmission des obligations : la cession de créance, la cession de dette et la cession de contrat », in P. WÉRY (dir.), *Théorie générale des obligations et contrats spéciaux*, CUP, vol. 168, Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 221-242.

⁶⁶ *Pas.*, 1982, I, p. 798; R.C.J.B., 1984, p. 175, note critique M. FONTAINE pour qui cette méthode du dépeçage dénature l'opération.

⁶⁷ Cass., 26 septembre 2003, *Pas.*, 2003, p. 1487 rendu à propos d'un apport de contrats de concession par une personne physique à une SPRL. Pour une critique de cette jurisprudence, P. VAN OMMESSLAGHE, *Droit des obligations*, op. cit., t. III, pp. 1918 et s.

⁶⁸ Signalé dans le *Rapport annuel 2017*, p. 39. Le *Rapport annuel* utilise l'expression « cession de contrat imparfaite » qui ne figure pas dans l'arrêt. C. BIQUET-MATHIEU, « Dans l'attente de la réforme du droit des obligations, la notion de cession imparfaite de contrat au cœur de l'arrêt du 26 juin 2017 », obs. sous Cass., 26 juin 2017, *J.T.*, 2018, pp. 587-588; S. STRJNS, « Het aankomend verbintenissenrecht in de recente rechtspraak van het Hof van Cassatie », *R.G.D.C.*, 2018, pp. 426-428.

l'expression. Selon la Cour, « en vertu du principe de l'autonomie de la volonté, consacré à l'article 1134 du Code civil, et des articles 1121, 1236 et 1690 du Code civil, une partie contractante peut convenir avec un tiers qu'il reprend ses droits et obligations contractuels. Pareille cession ne libérant pas le cédant, elle ne nécessite pas le consentement du cocontractant cédé ». L'évolution est sensible car elle permet la cession de contrat mais sans libération du cédant, à défaut de consentement du cédé. De plus, l'arrêt s'en réfère à la stipulation pour autrui pour permettre au cédé de se prévaloir, à l'encontre du cessionnaire, de la cession intervenue entre cédant et cessionnaire. Il est heureux que le projet tente de proposer une « vraie » cession de contrat, c'est-à-dire une cession de la position contractuelle comme telle, même en cas de cession imparfaite du contrat faite sans l'accord du cédé. Comme le synthétise l'article 5.267, § 2 : « Si la position contractuelle est cédée à un tiers sans le consentement du cocontractant, seul le cessionnaire peut exercer les droits qui découlent de cette position contractuelle. Le cédant demeure néanmoins solidairement tenu des conséquences de l'exercice de ces droits ».

Le projet a le mérite de proposer un régime de la cession de contrat autonome et solide, avec ou sans consentement du cocontractant cédé. Il épargne aux parties les subtilités et les incertitudes d'une mécanique juridique obscure, à base de stipulation pour autrui ou de délégation. C'est la pratique, par les difficultés qu'elle rencontre et les possibilités qu'elle trouve dans cette innovation, qui en déterminera les contours et peut-être les aménagements à y apporter.

Réflexions finales

Un nouveau code est aussi rare qu'une nouvelle monnaie. Le projet de livre 5 est un événement. Il consacre officiellement, légalement, l'existence d'un régime général de l'obligation autonome. Il apporte une « certaine modernisation » ; un changement dans la continuité. Cette expression est réductrice. Elle ne doit pas conduire à sous-estimer les innovations réelles que le projet apporte en droit belge. Le juriste n'est pas l'homme des ruptures radicales et des tables rases. Même quand il innove, il murmure la mélodie du continu. Il se débarrasse à regret de l'ancien et il puise dans l'ancien ce qu'il appelle de neuf, au terme d'une évolution souvent fort longue. L'ancien et le nouveau font corps, comme en témoignent certaines réflexions doctrinales sur la façon dont la Cour de cassation intègre à sa jurisprudence récente certaines nouveautés du droit des obligations à venir.

Avec une certaine satisfaction, l'exposé des motifs relève que « Le régime général de l'obligation, au troisième titre du projet, comporte pas moins de huit sous-titres ». Une partie de notre contribution insiste sur le plan adopté

pour exposer le régime général. Comme le dit admirablement Pascal, « Qu'on ne dise pas que je n'ai rien dit de nouveau, la disposition des matières est nouvelle ». On parlerait aujourd'hui d'effet de structure : la place d'une notion au sein d'un tout en détermine largement la nature et la fonction possibles.

Le temps du politique est un temps de l'urgence. Mais il faut rappeler qu'un code est un tout, il a une ambition de complétude. C'est donc au tour du juriste, qui est pourtant un homme du temps long, de plaider l'urgence pour que le Code soit complet et intègre les dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dont le régime général de l'obligation doit nécessairement tenir compte.